

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos de quarta geração e os paradigmas científicos. 3. Da Bioética ao Biodireito. 4. Alguns temas de Biodireito pertinentes ao Direito Civil. 4.1. Começo da existência da pessoa. 4.2. Nulidade ou validade dos contratos de “mãe substituta”. 4.3. Filiação e identificação genética. 4.4. Sucessão: procedência ou improcedência do direito à sucessão do filho nascido por inseminação *post mortem*. 5. O Biodireito no nosso ordenamento positivo. 6. A Bioética no Brasil e suas normas. 7. Algumas tendências no Direito comparado. 7.1. Alemanha. 7.2. EUA. 7.3. Espanha. 8. A proteção supranacional. 8.1. Convenção para a proteção dos Direitos Humanos e a dignidade do ser humano com respeito às aplicações da Biologia e da Medicina. 8.2. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. 9. Conclusão.

1. Introdução

Vivemos neste início de século, certamente, um dos mais dramáticos processos de mudança jamais conhecido pelo homem em toda sua história.

Inquieta-nos, sobretudo, os “exageros” do paradigma que se costumou chamar de pós-modernidade, *fin-du-siècle* ou nova era, ao permitir que a verdade seja interna a cada pessoa (panteísmo) de modo a que seja reconhecida a todos, e a cada um, a capacidade de decidir sobre como viver e o que fazer.

ta da razão centrada no sujeito é concebida como resultado e expressão de uma perversão da vontade de poder”¹

“ *Exatamente em razão dessa angústia gerada pelo binômio progresso tecnológico X bem-estar, é que se busca propor limites a essas experiências bem sucedidas cientificamente no campo biológico, mas que podem gerar consequências desastrosas para o homem se não delimitadas.* ”

A crise de valores e instituições produz uma liberalização generalizada em que os avanços tecnológicos são reconhecidos como a grande mola propulsora do mundo.

Os rápidos progressos da tecnologia surgem, não obstante, sob o estigma da ambiguidade. Se de um lado, permitem alcan-

Como afirma Habermas “a dominação niilis-

çar aparente melhoria na condição de vida dos

* A autora é Juíza Federal, Professora de Direito Civil da UFBA e Doutoranda em Direito Civil pela PUC/SP.

¹ Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 139.

que a eles têm acesso, por outro, fazem partear sérias dúvidas quanto à utilidade de sua existência e a necessidade de sua limitação.

Exatamente em razão dessa angústia gerada pelo binômio progresso tecnológico X bem-estar, é que se busca propor limites a essas experiências bem sucedidas cientificamente no campo biológico, mas que podem gerar consequências desastrosas para o homem se não delimitadas.

Cremos oportuna a análise proposta, ainda porque o novo Código Civil, ao encampar, no apagar das luzes, teses ditas modernas, terminou por privilegiar tais avanços no âmbito da genética, sem atentar, aparentemente, para os efeitos dessa opção no campo ético e social.

Referimo-nos, por exemplo, à presunção da paternidade dos filhos havidos, a qualquer tempo, em decorrência da utilização de embriões excedentários e das consequências decorrentes desse parentesco em que a implantação do embrião no útero se dê após a morte do marido ou companheiro.

Ou, ainda, à imprescritibilidade da ação negatória de paternidade em flagrante opção pelos avanços da identificação genética, mas sem qual-

quer ressalva quanto ao interesse da pessoa concebida, ainda mais quando demonstram as novas regras a excelência da verdade material biológica como sendo um verdadeiro apanágio da pós-modernidade, em contraposição ao imprescindível olhar para o indivíduo enquanto filho.

Tais incertezas provocam-nos ao debate sobre o tema para sustentar o entendimento, desenvolvido pela doutrina espanhola, da necessidade de destacar-se do direito à intimidade novos direitos, como o da intimidade genética e da autodeterminação informativa, em uma visão historicista, pois, por mais fundamentais que sejam os direitos não nascem eles ao mesmo tempo, mas quando o progresso técnico “ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”².

Buscamos, ademais, harmonizar essas tendências com a paternidade não exclusivamente biológica e até mesmo contra a paternidade materialmente revelada pela tecnologia, estabelecendo-se um novo parâmetro da verdade, que volta a ser formal não porque desconhecida a materialmente revelável, mas porque mais útil à harmonia das relações familiares como fundamento para uma era que retome a finalidade social da ciência.

2. Os direitos de quarta geração e os paradigmas científicos

Para a análise do tema de estudo proposto, torna-se imprescindível fazer alusão, ainda que superficial, à famosa classificação de direitos elaborada por Bobbio, para quem, em relação à concepção histórica, poderiam ser eles agrupados em quatro

grandes grupos, distintos entre si, embora não estanques: direitos de 1ª geração, direitos de 2ª geração, direitos de 3ª geração e direitos de 4ª geração.

Para o autor essa classificação se insere na filosofia da história, para significar que os direi-

² Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

tos não existem em abstrato, mas nascem e se desenvolvem a partir de circunstâncias historicamente postas que desembocam na diferenciação por ele estabelecida.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem uma vez por todas.³

E continua:

... nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.⁴

“ Os direitos fundamentais, portanto, mais que pautas de separação entre o Estado e os cidadãos (teoria liberal-burguesa), são normas que fundamentam competências e funções para permitir a livre participação do cidadão nos assuntos públicos e no processo político. ”

Convém frisar, por outro lado, que o signo “paradigma” está sendo utilizado aqui sob o conteúdo preenchido por Kuhn para quem “os paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁵.

Ora, a idéia moderna dos direitos fundamentais está intimamente ligada, em suas origens e

evolução, ao pensamento liberal-burguês. O Estado próprio do liberalismo se justifica, teoricamente, como uma organização política cuja finalidade consiste no respeito à liberdade individual.

Para o pensamento liberal-burguês, o chamado paradigma liberal, os direitos fundamentais são aqueles que por natureza (jusnaturalismo racional) correspondem ao homem individual livre.

Os sujeitos envolvidos na relação são dois: de um lado, o indivíduo, sujeito ativo, livre por natureza e autônomo e do outro, o Estado, como sujeito passivo.

A nota comum no rol de direitos fundamentais próprios do pensamento liberal-burguês é a do indivíduo como titular, liberdade individual como objeto protegido, proteção puramente jurídica e Estado como sujeito passivo, do qual se espera que interfira

o menos possível no gozo desses direitos por parte dos cidadãos.

Pelo paradigma democrático são eles concebidos a partir da função político-democrática que desempenham. De tal sorte que, o elemento que legitima estes direitos e determina seu conteúdo, se encontra em sua virtude de permitir um processo democrático de formação da vontade política.

³ Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

⁴ Bobbio, _____. Op. cit. p.6.

⁵ Kuhn, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 13.

Os direitos fundamentais, portanto, mais que pautas de separação entre o Estado e os cidadãos (teoria liberal-burguesa), são normas que fundamentam competências e funções para permitir a livre participação do cidadão nos assuntos públicos e no processo político.

Disso se extraem algumas consequências.

Em primeiro lugar, o catálogo passa a incluir, necessariamente, os direitos de participação democrática (sufrágio ativo e passivo, proteção do pluralismo, direito a formar associações e partidos políticos, e demais formas de participação pública).

Destarte, se estabelece uma certa hierarquia entre os direitos fundamentais, em virtude da qual têm primazia aqueles com uma maior referência democrática, como sucede com as liberdades de imprensa, associação e reunião.

Nesta mesma ordem de idéias é possível reclamar primazia do direito, cuja utilização tenha um fim público, em face do orientado privativamente.

Por último, segundo esse critério, o conteúdo e interpretação dos direitos fundamentais fazem sempre alusão ao fim que com eles se persegue, isto é, a democratização do Estado e da sociedade.

A liberdade, agora, não se justifica tão-somente por si mesma, como na teoria liberal-burguesa, senão que se trata de uma liberdade funcional, orientada para o processo político-democrático. Sua garantia é um meio de facilitar e assegurar esse processo.

Por consequência, além de fazer incluir naquele rol os direitos de participação democrática, (sufrágio universal, proteção ao pluralismo, direito de associação, dentre outros), estabele-

ceu uma certa hierarquia entre os próprios direitos fundamentais: os com maior carga democrática passam a gozar de primazia.

A teoria dos direitos fundamentais do Estado Social de Direito – paradigma do Estado Social do Direito – tem seu ponto de partida na liberal burguesia, mas não concebe o homem como sujeito isolado (indivíduo-livre) senão como membro ativo de uma sociedade plural na qual todos são igualmente livres.

Embora partindo da doutrina liberal, esse modelo concebe o homem como membro ativo de uma sociedade, na qual todos devem ser efetivamente livres. Não basta, entretanto, a liberdade formal. Busca-se assegurar a todos o gozo efetivo da liberdade em condições de igualdade.

A liberdade, pois, não é tida somente como atributo jurídico formal, senão que se busca a liberdade real, isto é, a possibilidade material de todos os cidadãos gozarem efetivamente, do mesmo grau de liberdade, em condições de igualdade.

Esta nova concepção tem, como é sabido, amplas repercussões no funcionamento do Estado, e implica uma transformação de considerável magnitude na estrutura do sistema jurídico e no estudo dos direitos fundamentais, que passam a ser um dos componentes mais significativos da vida política.

Em relação aos direitos fundamentais, apresentam-se várias mudanças: em primeiro lugar o rol se amplia para compreender direitos de conteúdo econômico, social e cultural, cuja nota comum se encontra em seu ingrediente igualitário, redistribuidor de riqueza e possibilitador de participação efetiva dos cidadãos no processo social e político.

O paradigma da pós-modernidade, por sua vez, traz como valor o bem-estar individual, ainda que ilusório. Assim, o que faz bem ao indivíduo é moral.

Proclama a ruptura imediata entre o tradicional e o novo, no sentido de que o tradicional está sempre superado e deve ser esquecido, apenas o que é novo é bom.

Quebram-se repentina e gratuitamente os valores anteriores, universais e históricos, para substituí-los pelos do indivíduo atual, sem história e omissos socialmente, que tem suas atividades dominadas pela pressa, desprovido de fundamentos gerais, ao transformar a idéia de sua própria verdade em moral.

O paradigma da pós-modernidade, originado do poder da informação e dos avanços tecnológicos, faz surgir o direito à identidade genética e à autodeterminação informativa, como salvaguardas do homem.

Como bem lembra Estrella Gutierrez, o direito à privacidade ou à intimidade é um direito personalíssimo que se vê lesado pelo acesso de terceiros pessoas aos dados sensíveis dos indivíduos sem autorização do interessado; observa-se principalmente na prática de estudos genéticos com fins pré-contratuais, seja no âmbito securitário seja nas relações trabalhistas, somando-se, ademais, o efeito discriminatório que re-

presenta a “seleção de riscos” no primeiro, e a “seleção de emprego” no segundo”⁶.

Com efeito, essa avaliação genética como condição pré-contratual pode ser criticada sob duplo aspecto. Em primeiro, há a possibilidade concreta de que, embora portador de gen representativo de determinada enfermidade, o indivíduo nunca a desenvolva, haja vista que esse desenvolvimento dependeria de outros fatores – ambientais e culturais principalmente. Outrossim, especialmente na hipótese de contrato de seguro de vida, a doença futura da pessoa não estabelece a eventual causa de sua morte.

Por outro lado, o indivíduo não está obrigado a suportar a revelação de seus dados genéticos, se não o deseja; haveria

impactos diretos e indiretos com a revelação dos dados; diretamente pelo conhecimento não desejado, indiretamente, pela não contratação.

Exatamente em razão dessas observações, tem a doutrina espanhola desenvolvido a autonomia do direito à intimidade genética e o direito à autodeterminação informativa, que consistem em excluir de terceiros os informes obtidos e, bem assim, decidir qual a percentagem de informação o examinado deseja conhecer.

Mas, além de afetar direitos individuais, os avanços biotecnológicos atingem interesses cole-

“... o indivíduo não está obrigado a suportar a revelação de seus dados genéticos, se não o deseja; haveria impactos diretos e indiretos com a revelação dos dados...”

⁶ Estrella Gutiérrez, Graciela N. Messina. *Bioderecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p.110.

tivos da humanidade ou direitos do gênero humano, quer pela prática de intercâmbio genético humano, fecundação entre espécies e terapia genética em linha germinal que atua sobre as células reprodutoras e cujas conseqüências se transmitem aos descendentes do paciente, quer pelo desprezo ao direito à identidade e irrepetibilidade do ser humano, alterado pela clonagem e outros procedimentos realizados com o intuito de “melhoramento” da raça.

Os direitos individuais, característicos do

paradigma liberal do Estado, seriam os direitos de primeira geração; os direitos sociais, inerentes ao paradigma do estado democrático, seriam os chamados direitos de segunda geração; os de terceira, que ainda constituem uma categoria não inteiramente delimitada, compreendem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por fim, os de quarta geração, que se referem aos efeitos dos avanços tecnológicos, em especial referentes à pesquisa biológica, que permitem manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

3. Da Bioética ao Biodireito

O limite desses avanços tecnológicos é matéria que, por vários motivos, transborda da ética, qualificada como Bioética, para adentrar o campo do Direito, no ramo nascente intitulado de Biodireito.

Podemos citar, a título de exemplo, potenciais danos ao direito à intimidade, à dignidade da pessoa, à igualdade, que podem ser lesados pela aplicação sem controle de terapias genéticas ou de informações obtidas através desses meios.

Haja vista que os dados genéticos do indivíduo revelam suas características físicas, as mais íntimas, mostram eventuais tendências à aquisição de certas enfermidades, os riscos inclusive de desenvolvimento de doenças psíquicas, a utilização dessas informações pode desencadear danos à vida pessoal, laboral e social.

Entretanto, como já salientado, ainda não temos, em relação aos avanços biotecnológicos, limites claros ao agir do homem.

Nosso ordenamento positivo não contempla normas específicas referentes ao tema, embora o Conselho Federal de Medicina tenha editado resoluções em derredor da matéria e o novo Código Civil haja regulado a filiação decorrente de inseminação artificial, ao prever a presunção de paternidade, mas, repita-se, sem oferecer tais limites.

A Bioética como disciplina surgiu exatamente da necessidade de se dar limitações a esse novo conhecimento científico, ao analisar os dilemas por ele gerados.

É definida como “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e a atenção da saúde, em que dita conduta é examinada à luz dos princípios e valores morais”.⁷

Em 1971, Potter propôs o nome Bioética para disciplinar esse campo do conhecimento que tem por objetivo unir valores éticos com fatos biológicos e serviria de ponte entre a ciência e a hu-

⁷ Estrella Gutiérrez, _____. Op.cit.p.20.

manidade.

O espírito dessa criação era o da necessidade da existência de uma nova sabedoria que fosse apta a proporcionar o equilíbrio entre as novas experiências e o bem-estar social, ou dito de outro modo, que tomasse como fim o uso do conhecimento tecnológico nessa área para a sobrevivência do homem e melhora na sua qualidade de vida, e não como um fim em si mesmo.

E é exatamente com o intuito de ordenar a ação da comunidade científica que a Bioética se associa ao Direito para fazer surgir o Biodireito.

A Bioética, ao refletir as questões de ordem moral e o Biodireito, ao procurar regular essas questões, se unem para harmonizar o ser ao dever ser.

Ou seja, a Bioética busca a solução de natureza moral para os dilemas emergentes entre a ética e a ciência, o Direito traduz essas respostas em normas jurídicas, de molde a indicar as condutas que não devam ser permitidas e as que devam ser estimuladas.

Essa resposta legislativa, ainda incipiente, deve tender a evitar que os novos poderes decorrentes da evolução da pesquisa genética funcio-

nem, por exemplo, como agravantes de discriminações ou exclusões.

O Direito surge, pois, como avanço da Bioética.

Após a ética, a lei...!⁸

E então será uma decisão de poder adotar uma ou outra das soluções possíveis, o que determinará a repressão, o incentivo ou a limitação ao uso das diversas técnicas possíveis, consoante se percebe atualmente e que será objeto de análise na parte referente ao Direito comparado.

A matéria a regulamentar é extraordinariamente complexa e heterogênea. De início os danos de intervenção sobre o embrião são múltiplos: procriação assistida, doação de órgãos, experimentação, manipulação genética. E todas elas em um grau distinto de regulamentação: assim, intervir sobre a linha genética da espécie humana, clonar uma célula ou interromper o desenvolvimento de um embrião quando se tenha identificado que ele leva um gen portador de uma enfermidade mortal incurável, não são atos absolutamente comparáveis.⁹

Essa realidade impõe ao Direito encontrar soluções de modo a equilibrar interesses porventura distintos e, especialmente, limitar os efeitos do conhecimento desenfreado de informações.

4. Alguns temas de Biodireito pertinentes ao Direito Civil

Nesse ramo do Direito privado, são inúmeros os aspectos que podem ser destacados como temas de análise.

Alguns deles, decorrentes de contínua re-

flexão por nós realizada, são aqui externados, não somente como forma de sugerir o debate, mas, especialmente, como maneira de atizar a curiosidade dos estudantes na procura por uma solução possível.

⁸ Op. cit. p. 26.

⁹ *idem ibid*, p. 26.

4.1. Começo da existência da pessoa

Distintas teorias, engendradas inicialmente no campo da genética, têm-se debatido no papel de estabelecer o critério pelo qual se deve fixar o início da pessoa humana.

Podemos agrupá-las, sinteticamente, em três correntes básicas.

Para a primeira, a pessoa existe desde a penetração do óvulo pelo espermatozóide, o que leva à conclusão de ser impossível o descarte de embriões congelados, por já serem eles uma forma de vida e que, portanto, deve ser protegida.

Para a segunda, torna-se necessária a união dos pró-núcleos do óvulo e do espermatozóide, momento em que se opera a transmissão de informações genéticas entre eles e se dá a formação do zigoto – biocélula resultante da união entre o gameta masculino e feminino em estágio anterior ao da divisão celular –, que não necessitará de mais nenhuma informação para seu desenvolvimento, razão pela qual entendem que desde a fecundação encontra-se criada uma individualidade.

As críticas feitas a esse entendimento são variadas: no processo de fusão dos pró-núcleos ainda não existe vestígio de desenvolvimento cerebral, nem inteligência alguma.

Há uma terceira corrente que estabelece o momento da nidação – implantação do embrião no útero – como princípio da existência do ser humano como tal, por considerar que da união do óvulo com o espermatozóide pode resultar um ovo vazio, sem atividade neural, além do que o pré-embrião é formado por quatro a seis células

totipotenciais, cada uma delas apta a desenvolver um indivíduo. Outrossim, o embrião nada na trompa onde se fecunda até que vai ser instalado no útero onde tem a capacidade de dividir-se para formar gêmeos ou não. Até então não se pode falar em individualidade.

A filiação a uma dessas versões repercute grandemente no exame das soluções para o tema proposto.

Sem querer revigorar o debate sempre intenso entre a teoria concepcionista e a teoria natalista quanto ao início da pessoa humana, forçoso é apontar que o novo Código Civil Brasileiro não se apartou do art. 4º do vigente estatuto, e manteve, em sua inteireza, o enunciado normativo atual, segundo o qual a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, apenas substituindo, por emenda do Professor Josaphat Marinho a expressão “homem” por “pessoa.”

Assim, continuamos a considerar, pelo Direito positivo pátrio, que a personalidade civil somente tem início do nascimento com vida e, nesse sentido, oportuno realçar a visão do Professor Luiz Edson Fachin ao analisar a incompletude desse artigo legal.

Fácil é se perceber que, na visão tripartite dos fundamentos do Direito privado (família, contrato e propriedade), o art. 4º do Código Civil Brasileiro haja revelado, especialmente, uma ótica patrimonialista das relações jurídicas, demonstrando a preocupação do legislador em regular a eficácia plena dos direitos materiais decorren-

¹⁰ Fachin, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 137.

tes do nascimento com vida.¹⁰

Destarte, assentado naquilo que traduz o próprio professor paranaense como sendo o tríptico vértice fundante do privado, nada mais fez o legislador do que estabelecer que a circulação do direito de propriedade dependeria da ocorrência daquele fato jurídico – o nascimento.

“... a linguagem do legislador não é necessariamente rigorosa, cumprindo ao jurista torná-la rigorosa; a linguagem do legislador não é necessariamente completa; cumprindo ao jurista o dever de completá-la; a linguagem do legislador não é necessariamente ordenada, cumprindo ao jurista reduzi-la a um ordenamento...”

Hoje em dia, entretanto, não há mais como autorizar-se essa interpretação diante do entendimento, doutrinariamente já majoritário, no sentido de que o Direito e, em especial, o Direito privado, deve ser pensado sob outra base: a pessoa humana, em um evidente retorno às raízes do Direito romano, sem a exacerbação, embora, da “idéia do homem como centro do ordenamento, afirmada de forma absoluta”.¹¹

Nesse diapasão, oportuno anotar as opiniões de Jussara Maria Leal de Meirelles e Silmara Chinelato e Almeida.

Para a primeira, “a fecundação do óvulo humano assinala o começo da vida de cada indivíduo, distinto daqueles que contribuíram biologicamente para a sua formação e dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento”.¹²

E para não deixar quaisquer dúvidas quanto à corrente a que se filia acrescenta a mesma autora que “é por isso que se afirma ser o embrião, ainda que não transferido para o útero, uma pessoa”.¹³

Para a segunda, “...é com a nidação do ovo no útero que se inicia a gravidez, momento em que é garantida, em tese, a via-

bilidade do desenvolvimento e sobrevivência do ovo, que se transformará em embrião e feto.”¹⁴

Preferimos adotar essa corrente por entender que o vocábulo nascituro deve ser entendido como sinônimo de feto, já implantado no seio materno.

O pré-embrião e o embrião ainda não implantados, embora mereçam proteção enquanto potencialidades de ser pessoa, não podem ainda ser considerados como tal, eis que podem nunca vir a se desenvolver.

Ora, como ao jurista compete o esforço de sistematizar o ordenamento positivo entregue pelo legislador ou, como salienta Bobbio, ao analisar o caráter científico da ciência do Direito: a linguagem do legislador não é necessariamente rigorosa, cumprindo ao jurista torná-la rigorosa; a linguagem do legislador não é necessariamente

¹¹ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 145.

¹² Meirelles, Jussara Maria Leal. *A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.91.

¹³ Meirelles, _____. Op. cit., p. 92.

¹⁴ Almeida, Silmara J. a Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 161.

te completa; cumprindo ao jurista o dever de completá-la; a linguagem do legislador não é necessariamente ordenada, cumprindo ao jurista reduzi-la a um ordenamento¹⁵, há que ser examinada a partir do entendimento de que o início da pessoa ocorre com a nidação, as aparentes antinomias existentes no sistema. Por exemplo, como ficarão os direitos sucessórios quando a nidação ocorrer após o falecimento do marido ou companheiro e, portanto, quando a concepção se der após o falecimento do pai?

Essa questão, que será abordada em item próprio, não foi respondida pelo legislador.

4.2. Nulidade ou validade dos contratos de “mãe substituta”

Essa forma de procriação assistida, embora traga grandes repercussões no Direito de Família, tem pertinência muito de perto com o Direito Contratual.

Aqui se estuda a possibilidade de efetivação, perante o nosso ordenamento jurídico, do contrato de locação de útero.

Ora, para que possa existir negócio jurídico válido é imprescindível não seja ele expressamente vedado pelo sistema jurídico. Seu estabelecimento deve se achar dentro da esfera da chamada autonomia privada, no âmbito da qual permite o legislador o livre partejar de relações jurídicas.

A contratação, assim, para ser válida, embora não dependa da sua prévia tipicidade, ainda

porque é salutar que o sistema assegure a realização de contratos ainda não tipificados, deve ter sua atividade restrita aos contornos legais.

Cumpre-nos enunciar duas correntes principais existentes em derredor desse tema.

A que permite a realização do contrato ao argumento de que não existe regra legal que o proíba expressamente, pelo menos na forma gratuita, o que ensejaria a aplicação do princípio da legalidade expressamente previsto no art.5º, II da CF e aquel’outra que extrai essa proibição da norma do *caput* do mesmo art.5º, que garante o direito à vida e, por via de consequência, a indisponibilidade da vida humana e a do art.199, §4º da Constituição Federal, que veda todo tipo de comercialização no que concerne à remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas.

Ao analisar o tema Sérgio Ferraz expressa que:

Na conformidade das pautas constitucionais vigentes no Brasil, acreditamos inviável falar-se em contrato, bem como em remuneração (e, pois, em “aluguel”), na espécie: pessoas, presentes ou futuras, não podem ser objeto de contrato!¹⁶

Nesse sentido, oportuno lembrar o entendimento de Jussara Meirelles, para quem “...todo e qualquer negócio jurídico que verse sobre a ‘maternidade por substituição’ é, perante o Direito brasileiro, absolutamente nulo”.¹⁷

O objetivo da realização desse contrato é a obtenção de uma vida humana, seguida pela ces-

¹⁵ Bobbio, Norberto.

¹⁶ Ferraz, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 56.

¹⁷ Meirelles, Jussara. *Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade*. Curitiba: Gênesis, 1998. p. 83.

são dos direitos e deveres concernentes à maternidade. Tais direitos são, entretanto, indisponíveis e somente podem ser afastados como sanção nos casos postos no ordenamento positivo como forma de assegurar o bem-estar da criança (art. 92, II do Código Penal Brasileiro e art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Outrossim, somente partes separadas do corpo podem ser objeto de direito – Lei 9.434, de 04/02/97 –, não o próprio homem; “o embrião obtido *in vitro* não é parte de qualquer corpo, é o próprio corpo de pessoa humana em formação”.¹⁸

4.3. Filiação e identificação genética.

A questão que se coloca aqui nasce quando realizada inseminação heteróloga, especialmente, quando utilizado sêmen de outrem que não o marido ou companheiro, embora com o seu consentimento expresso.

Nessa hipótese, pressupõe o novo Código Civil Brasileiro a paternidade do marido na constância do casamento – art. 1.597, IV – não se referindo expressamente à união estável.

Não obstante, o mesmo diploma legal, em seu art. 1.601¹⁹, declara ser imprescritível a ação negatória de paternidade.

Indaga-se: pode o mari-

do ou o companheiro que consentiu na inseminação ajuizar posteriormente essa ação para, ao exibir exame genético preciso, destacar-se da paternidade presumida?

Pode, se o fizer, ser atribuída a paternidade ao doador do sêmen?

Creio devam ser negativas ambas as respostas e aqui se devem colocar aqueles limites indicados na introdução desse trabalho para os avanços da genética.

Embora, de início, cause-nos perplexidade não tenha o legislador de agora ressaltado as hipóteses nas quais não possam os presumidos pais fazer uso da negatória, creio que se pode tirar, do próprio ordenamento positivo, o fundamento para a solução aqui colocada.

É que, permitir o arrependimento posterior do pai “jurídico” seria trazer profunda instabilidade para as relações familiares e grave distorção para o filho que não fez parte daquele “pacto de nascer”.

“... permitir o arrependimento posterior do pai ‘jurídico’ seria trazer profunda instabilidade para as relações familiares e grave distorção para o filho que não fez parte daquele ‘pacto de nascer’.”

O simples ajuizamento da causa já seria suficiente para gerar grande desequilíbrio emocional para aquele que nunca soube ser filho de outrem e vê agora a pessoa, que considera seu pai, negar-lhe a paternidade.

Ora, temos regras que

¹⁸ Meirelles, _____. Op.cit., p. 83.

¹⁹ Ressalve-se que a numeração dos artigos aqui mencionados ainda pode ser modificada em fase de redação final, razão pela qual se recomenda a conferência quando da edição do CC.

procuram proteger a criança em hipóteses semelhantes, que registram ser a adoção irrevogável – art. 48 do ECA – assim também como irrevogável é o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento – art.1º da Lei 8.560, de 29/12/92.

Embora não sejam imediatamente aplicáveis à espécie, podem sê-lo por analogia *legis* – procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante ²⁰ –, haja vista que o fundamento é o mesmo, qual seja, a de que a desistência da adoção e a revogação do reconhecimento correspondem ao abandono da criança.

Admitir possa o pai presumido negar a paternidade a qualquer tempo, quando haja consentido expressamente na inseminação artificial heteróloga, é permitir o abandono material e moral do filho.

Antevendo esse conflito, Sérgio Ferraz admitia nos idos de 1991, que o consentimento, na hipótese de inseminação heteróloga, é irrevogável depois de realizado o procedimento médico. ²¹

Acrescente-se que esse “espírito” das normas indicadas acha-se igualmente presente no novo Código quando repete, expressamente, que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável – art.1609.

É a transformação da verdade material conhecida para assegurar-se a manutenção da verdade formal.

Há, pois, uma inversão no entendimento jurídico tradicional, em que a verdade formal era estabelecida em face da impossibilidade de conhecer-se a real. Agora, prefere-se, ainda quando conhecida a verdade material, a manutenção da formal, de maneira a fornecer aqueles limites já indicados.

Pelas mesmas razões, deve ser mantido o ano-

nimato do doador, “estipulado em favor do filho, como prevenção a discriminações e problemas que poderão surgir se pública a identidade do ‘pai biológico’” ²².

Urge pensar na agregação do fenômeno cultural como limite do critério biológico da paternidade.

O conceito de pai não pode ser preenchido, de maneira exclusiva, pelo critério puramente biológico quando esse fundamento, ao invés de gerar a estabilidade emocional pretendida para o desenvolvimento integral da pessoa, decorrente do conhecimento de quem seja seu genitor, servir para desarmonia das relações familiares e desfazimento do parentesco criado com grave distúrbio afetivo da pessoa concebida.

Em suma, todo conceito científico é utilitá-

“... todo conceito científico é utilitário, ou seja, a ciência existe para preencher uma utilidade. Os conceitos cambiam segundo a utilidade que podem ter.”

²⁰ Cf. Bobbio, _____.Op.cit. p. 151.

²¹ Ferraz, _____. Op.cit., p. 53.

²² Ferraz, _____.Op.cit., p. 54.

rio, ou seja, a ciência existe para preencher uma utilidade. Os conceitos cambiam segundo a utilidade que podem ter. Ora, para que alguém é pai senão para garantir proteção à criança? O doador, como tal, não é esse protetor. Jamais se espera dele que seja o responsável pela criança surgida a partir de seu sêmen.

A própria figura corrente de doação importa na perda do vínculo da coisa doada que passa ao patrimônio de outrem. Embora o sêmen não seja coisa, pois, potencialmente pode gerar uma pessoa, como antes já apontado, está na consciência das pessoas quando se utiliza a expressão doador, esse despojamento, essa perda de vínculo. Pois, do pai natural ninguém nunca disse fosse ele doador de sêmen.

4.4. Sucessão: procedência ou improcedência do direito à sucessão do filho nascido por inseminação *post mortem*

O questionamento que aqui é colocado diz respeito ao choque entre a regra que determina a presunção da paternidade dos filhos havidos, a qualquer tempo, decorrentes de inseminação artificial homóloga quando utilizados embriões excedentários, – art. 1.597, IV do novo CC – e aquelas inseridas nos arts. 1.784, 1.787 e 1.798 do mesmo estatuto civil, que estabelecem que a sucessão abre-se com a morte, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros, os quais devem já estar nascidos ou concebidos.

Ao se levar em conta que a concepção se dá com a implantação do embrião no útero e que essa implantação ainda não se tenha realizado

quando da morte do marido, como deferir-se direitos sucessórios se, posteriormente, a viúva utilizar-se desse artifício técnico para engravidar?

A questão gera um impasse, pois, ainda quando tivéssemos regra específica a proibir a realização desse procedimento *post mortem*, poderia ele ocorrer no mundo fático e nesse caso temos norma constitucional – art. 226, §6º – que estatui:

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Diante dessa regra constitucional, e uma vez que a presunção de paternidade se refere à inseminação realizada a qualquer tempo, sem ressaltar esteja vivo ou morto o marido, poder-se-ia sustentar que, tempos após a abertura da sucessão e para burlar o rol dos herdeiros necessários, a mulher poderia gerar um novo filho do casal. E, como não pode haver discriminações, esse filho receberia o quinhão da herança que lhe caberia se já estivesse concebido ou nascido, quando da abertura da sucessão.

Essa conclusão é defendida por Sérgio Ferraz para quem o filho, em decorrência dessa regra constitucional, não pode sofrer discriminações ou limitações nos direitos concernentes à filiação.²³

Cremos se deva buscar solução diversa.

Para tanto, faz-se necessário proceder a uma releitura desse dispositivo constitucional, para

²³ Ferraz, Sérgio. _____ op.cit., p. 53.

entender que discriminação estar-se-ia fazendo, ao inverso, com o filho já concebido ou nascido quando do falecimento e que vem a concorrer, nesses direitos, com irmão sequer ainda concebido ou, bem assim, com os ascendentes do falecido.

Ademais, é crucial para a formação da pessoa, tenha ela ambos os pais. Perder o pai natural, por qualquer causa, quando já concebida a pessoa, não é uma opção que a vontade humana possa afastar.

Fazer nascer um filho ainda não concebido quando se sabe que não terá ele pai, somente para garantir direitos patrimoniais, é atitude que não deve ser agasalhada pelo ordenamento positivo, sob pena de premiar-se a má-fé, embora de outrem – a mãe – e não da criança.

Como ressalta João Álvaro Dias, ao examinar essa questão, “tal dissociação profunda entre casamento e procriação comporta enormes perigos (v.g., psicológicos e jurídicos) para a criança que já é órfã antes de ser concebida. E nem se diga – acrescenta o mesmo autor – que há outras situações congêneres (v.g., famílias monoparentais, criança que nasce órfã de pai ou de mãe por vicissitudes várias, filhos dos casais divorciados, ou, por fim, a criança adotada por uma pessoa solteira). Todas elas são profundamente diferentes e colhem justificações que a inseminação *post mortem* não pode fazer suas”.²⁴

Quer nos parecer, outrossim, que a norma

constitucional, quando editada,apanhou outra realidade fática, a de que ainda era incipiente a

criopreservação de embriões, e procurou apenas afastar a odiosa diferenciação entre os então chamados filhos legítimos e filhos ilegítimos em relação à procriação fora do casamento.

“Deve-se sublinhar que não temos ainda qualquer experiência quanto aos efeitos, a longo prazo, dessa prática na psicologia do indivíduo que passou anos congelado na aurora de sua existência.”²⁵

Ao analisar o tema, Maria Helena Diniz aponta no mesmo sentido de nossa conclusão, embora sem fazer referência à norma constitucional, ao esclarecer que não há “...como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético”.²⁶

Anote-se que o relatório Warnock aconselha, no item 60 de sua lista de recomendações, que somente podem invocar os direitos sucessórios os filhos que já estiverem no útero da mãe, à época da morte do pai.²⁷

De qualquer sorte, poder-se-á alegar a in-

“ Fazer nascer um filho ainda não concebido quando se sabe que não terá ele pai, somente para garantir direitos patrimoniais, é atitude que não deve ser agasalhada pelo ordenamento positivo...”

²⁴ Dias, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 40.

²⁵ Andorno, Roberto. *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. p. 83.

²⁶ Diniz, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 456.

²⁷ Warnock, Mary. *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. Oxford: Basil Blackwell, 1985.

constitucionalidade formal do art. 1.597, IV, do novo Código Civil se realmente for mantido como posto, haja vista que não obedeceu ao trâmite constitucionalmente assegurado no art. 65, eis que introduzido na Câmara dos Deputados, já em segunda votação, sem que o Senado Federal houvesse debatido ou votado essa norma.

5. O Biodireito no nosso ordenamento positivo

Ainda não temos o arcabouço legal desejável para a regulação de matérias tão palpitantes. Esse vazio normativo, hoje preenchido parcialmente por normas de natureza administrativa, editadas pelo Conselho Federal de Medicina, tem sido apontado como propulsor de sérias controvérsias a respeito do tema.

Entretanto, melhor é não regular do que fazê-lo de forma aligeirada, apenas como forma de produzir regras.

É certo que a crescente intervenção do Estado na atividade econômica gerou o exacerbamento da normatização do comportamento humano, com a produção em larga escala de regras que não se coadunam, às inteiras, com as necessidades sociais.

O monopólio estatal dessa atividade produz uma situação paradoxal.

Por um lado, reclama a sociedade a edição cada vez mais rápida de normas as mais diversas, como forma de garantir-lhe a tão almejada segurança jurídica; de outro lado, a resposta estatal aparece cada vez mais desconectada com a visão doutrinária existente, em razão da ausência de reflexão sobre o seu conteúdo. Esse fenô-

meno, que não é exclusivamente nosso, termina por atingir mais arduamente os Estados em que se “confia” somente na solução legislativa como remédio para todos os males.

Assim, melhor teria sido, como já se disse anteriormente, que o novo Código Civil, ao invés de se ater ao paradigma da pós-modernidade, no sentido de fazer incluir regras modernas sem qualquer arcabouço doutrinário, houvesse deixado essa regulação para leis especiais que a isso tanto se prestam.

Esse pecado não se pode impingir ao Senado Federal, uma vez que a desarticulada norma do art. 1.597, IV foi inserida, no apagar das luzes, pela Câmara dos Deputados, em desacordo com norma constitucional expressa, consoante já apontado.

Esperemos que, no interregno da vacância legal do Código, outra lei ordinária revogue, antes da vigência do estatuto civil, essa excrescência lógica.

Para se ter uma idéia do quanto se vinha discutindo sobre Biodireito no Congresso Nacional, em outros projetos de lei, basta lembrar apenas alguns: Projeto de Lei 69, de 1997, de autoria do Senador José Ignácio Ferreira, que veda a clonagem humana (art. 1º);

Projeto de Lei 2.811, de 1997, que proíbe clonagem de animais e seres humanos (art. 1º);

Projeto de Lei 2.838, de 1997, que veda a pesquisa e a realização de experiências destinadas à clonagem de seres humanos; Projeto de Lei 2.855, de 1997, que dispõe sobre a utilização de técnicas de Reprodução Humana Assistida; Projeto de Lei

2.904, de 1997, da Sra. Sandra Starling, que altera a redação do inciso III do art. 13 da Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995; Projeto de Lei do Senado 90, de 1990, do Senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre a reprodução assistida que, já tendo sido aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, encontra-se atualmente na Comissão de Assuntos Sociais para exame e votação.

Desses certamente o que mais se aproximava das normas éticas veiculadas pelo Conselho Federal de Medicina era o Projeto de Lei 2.855, de 1997, que foi retirado pelo autor e arquivado em 19/05/98.

Previo no particular em relação à matéria que “a doação de gametas ou pré-embriões será realizada mediante um contrato gratuito, escrito, formal e de caráter sigiloso entre os serviços que empregam técnicas de RHA e os doadores, vedada qualquer forma de comercialização ou estímulo financeiro”, e somente admitia a quebra do sigilo em decorrência de motivação médica, caso em que as informações necessárias seriam exclusivamente fornecidas à equipe responsável pelo caso, preservada a identidade civil do doador (art.10).

Acredito que esse projeto era mais compatível do que aquele que tem até hoje, ao que parece, a maior chance de aprovação. Refiro-me ao PLS 90/99, que admite possa a criança, pessoalmente ou por meio de representante legal, obter todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador – art.6º, § 2º – no momento em que completar sua maioridade, o que em breve se dará aos 18 anos em razão do novo Código Civil, ou antes, desse

termo no caso de falecimento de ambos os pais.

Vai ainda mais além ao permitir que o direito a obter a identidade do doador, ou da mãe substituta, possa ser exercido desde o nascimento da criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta.

A aprovação de substitutivo a esse projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal fez surgir forte reação dos médicos da área, para quem a quebra do anonimato nas doações de sêmen e óvulos vai acabar com a inseminação heteróloga, pois ninguém vai “querer saber de doar óvulo ou espermatozoide, com possibilidade de, no futuro, ter um filho batendo na porta.”²⁸

Falemos da regra inserida no art. 225, §1º, II da CF, que determina a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e a fiscalização às entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Há quem entenda que, em razão dessa norma constitucional, não se há que permitir, por exemplo, a clonagem humana em solo brasileiro, ainda mais porque igualmente apartada a experiência genética da garantia da dignidade humana (art.1º, III) e do direito à vida (art. 5º, *caput*).

Ambos os direitos referidos e constitucionalmente assegurados têm a natureza jurídica de direitos fundamentais e neles podem ser inseridos os direitos à intimidade genética e à autodeterminação informativa.

Outro dispositivo constitucional referente ao Biodireito é o art.199, §4º que estatui:

²⁸ Casal infértil pode ser prejudicado por projeto, dizem especialistas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 out.2001. Editoria: Cotidiano, p. C4.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A Lei de Biossegurança Nacional – Lei 8.974, de 05/01/95 – nasceu exatamente como reguladora desse dispositivo constitucional.

Veda qualquer manipulação genética de organismos vivos ou manejo *in vitro* de ADN/ARN (Ácido Desoxirribonucleico/Ácido Ribonucleico), realizados em desacordo com suas normas – art.8º – e criminaliza, em seu art.13, a manipulação genética de células germinais humanas e permite a intervenção em material genético humano *in vivo* apenas para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos da autonomia e da beneficência, desde que aprovada (inciso I e II) previamente pelo CTNBio – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

Pelo princípio da autonomia entende-se a institucionalização de duas convicções éticas: a primeira, a de que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos e a segunda, a de que as pessoas com autonomia reduzida devem ser protegidas.²⁹

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, desta forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Dmons-

trar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto.³⁰

O princípio da beneficência encontra suas bases no juramento de Hipócrates, pelo qual o poder do médico deve ser usado para ajudar os doentes com o melhor de sua habilidade e julgamento, abstendo-se de causar danos ou de enganar.

Temos ainda entre nós a Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que versa sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

6. A Bioética no Brasil e suas normas

O Código de Ética Médica de 1965 proibia em seu art. 53 a inseminação artificial heteróloga e somente admitia a homóloga se consentida pelo cônjuge.

O atual, veiculado pela Resolução CFM 1.246, de 8 de janeiro de 1988, contém dois dispositivos sobre o tema, os quais vedam ao médico:

Art. 43 - Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

Art. 68 - Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento.

Em data mais recente, foi editada a Reso-

²⁹ The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects. Washington: DHEW Publications. 1978.

³⁰ Farias, _____.

lução 1.358, de 11/11/92, pela qual devem os médicos exigir o expresse consentimento informado dos doadores e dos pacientes inférteis.

Limita, pois, de antemão, a reprodução assistida à infertilidade. Proíbe, expressamente, a concessão onerosa de gametas ou pré-embriões, o que repercute naquele outro aspecto já comentado referente ao contrato de fertilização. Exige o anonimato dos doadores, excetuadas as hipóteses em que haja motivos de natureza médica em situações especiais, resguardada, contudo, sua identidade civil.

Aqui se vê outra abordagem necessária ao exame da questão: aquela referente à compatibilidade entre o anonimato do doador e a regra que estabelece ser imprescritível o reconhecimento do estado de filiação (art. 27, ECA). A uma, porque a CF veda expressamente o anonimato em seu art. 5º, IV. A duas, porque o Estatuto faz referência à ação de filiação contra os pais ou seus herdeiros.

Parece-nos acertada a norma administrativa antes mencionada.

Quer porque a vedação do anonimato na forma como prevista na CF deve ficar restrita à liberdade de expressão, consoante estabelece a primeira parte do artigo: “É livre a liberdade de expressão, sendo vedado o anonimato”. Quer porque não é o doador anônimo pai, no sentido jurídico da palavra, não podendo a ligação biológica existente ser transformada em paternidade para efeitos jurídicos.

Tanto é assim, que a norma administrativa de natureza ética admite a retirada do véu quanto à identidade do doador, mas tão-somente aquela identidade genética e para fins terapêuticos, mantida a civil.

Não fora assim, um mesmo doador antes anônimo, poderia vir a ser “pai” de centenas de pessoas.

7. Algumas tendências no Direito Comparado

Podem ser identificadas no mundo moderno pelo menos duas tendências distintas quanto à matéria: a limitação e a proibição ao uso de novas alternativas biotecnológicas.

Há legislações geralmente denominadas de permissivas, como as da Grã Bretanha, EUA, Austrália e Espanha.

E limitativas, de que são exemplos a Áustria, a Suécia, a Itália e a Alemanha.

7.1. Alemanha

A lei penal alemã de 13 de dezembro de 1990, denominada lei de proteção ao embrião, estabelece, em seu art.1º, que no caso de fecundação extra corporal devem ser implantados todos os embriões.

Reprime a quem transfira a uma mulher os óvulos de outra, fecunde artificialmente um óvulo com objetivo outro que não o de provocar a

gestação da mulher de quem provém o óvulo, transfira a uma mulher mais de três óvulos do mesmo ciclo, fecunde por transferência de gameta intratubária mais de três embriões do mesmo ciclo, retire de uma mulher um embrião antes de sua implantação no útero para transferi-lo a outro ou com outro fim que o de sua proteção, ou pratique uma fecundação artificial ou transfira um embrião a uma mãe substituta.

O art.2º, por sua vez, pune com privação de liberdade e sanção pecuniária a quem venda, ceda, adquira ou utilize um embrião produzido extra corporalmente ou extirpado da mulher antes da nidação uterina e sanciona também a tentativa.

Apenas a fecundação de embriões com fins de experimentação, a seleção do sexo (salvo quando efetuado com o fim de evitar algumas enfermidades especificadas taxativamente), a alteração da informação genética dos gametas, a clonagem e a criação de híbridos.

É também vedada a fecundação *post mortem*.

7.2. EUA

Os Estados Unidos desenvolveram há muito tempo técnicas de inseminação artificial e permitem tanto a homóloga quanto a heteróloga.

Em ambas as hipóteses exigem que o consentimento seja precedido de informação exhaustiva sobre os problemas envolvidos nessa atividade.

É permitida a absorção de embriões excedentes para evitar gravidez múltipla, aceita a doação de sêmen, doação esta cada vez mais cercada de

cuidados para prevenir a transmissão de doenças, em especial do vírus HIV.

Em relação à identidade do nascido, prevalece a privacidade do casal, embora haja juristas que postulem a realidade biológica como a solução, tanto no caso de fertilização assistida quanto na hipótese de adoção.

Em vinte e oito dos estados americanos, estabelece-se que a mãe é a que recebeu o espermatozoide e o pai seu cônjuge anuente. Ademais, quinze desses estados estabelecem, de modo expresso, que quem doa espermatozoide a uma mulher que não é sua esposa – inseminação heteróloga – não é o pai legal da criança.³¹

7.3. Espanha

É considerada permissiva e parte do princípio da admissão ampla do direito à reprodução.

Há duas leis sobre o tema: a Lei 35, de novembro de 1988 e a Lei 42, de 28/12/88.

Autorizada é a fecundação *in vitro*, a doação de sêmen, óvulos e embriões, a criopreservação destes. Estabelece que a finalidade da aplicação das técnicas de reprodução assistida deve ser sempre dar solução a problemas de esterilidade ou infertilidade do casal, ou prevenir enfermidades e permite que qualquer mulher maior de 18 anos possa fazer uso dessas técnicas, sendo que a casada necessita de autorização prévia do marido.

As mulheres solteiras também é deferido esse direito, ao argumento de que existe procriação

³¹ Estrela Gutierrez, _____. Op.cit.,p. 163.

natural de mulheres solteiras e não há razão para distinguir, além do que, solução diversa implicaria violação à garantia constitucional da igualdade das mães, seja qual for seu estado civil.

A verdade é que as leis espanholas têm sempre como valor supremo a procriação, mesmo em face de conflito com o direito da criança a ter ambos os pais.

Os dados do doador devem ser preservados em segredo, pois a doação é anônima, mas, excepcionalmente, permite-se a revelação, quando existir, por exemplo, perigo de vida para a criança. Não obstante, a revelação de dados será restrita e não podem ser divulgados publicamente. Essa revelação, de outro modo, não implica determinação legal de filiação, por isso não nascem deveres alimentícios ou sucessórios, solução encontrada para que prevaleça sobre a paternidade genética a paternidade legal do marido ou varão que consentiu na fecundação.

Não é permitida, entretanto, a maternidade substituta e o contrato que a preveja é considerado nulo; se apesar disso essa prática for utilizada, prevalece a maternidade da mãe que deu à luz para determinar a filiação, atribuída, portanto, pelo parto.

Outras normas referentes à filiação estabelecem que nem o cônjuge nem o companheiro pode impugnar a paternidade ou maternidade em contrariedade ao consentimento firmado quando da doação, consagrando-se a solução pela qual não existe ação de filiação contra o doador.

Não reconhece a filiação que se pretenda da fecundação *post mortem*, se as células germinais do homem não estiverem ainda depositadas no útero da mulher no momento do falecimento. Mas, excepcionalmente, permite esse vínculo parental, se dentro de seis meses do falecimento houver a fecundação mediante implantação de material congelado do marido que tenha consentido por testamento ou escritura pública nessa prática.

8. A proteção supra nacional

O interesse pela imposição de regras que possam vigorar, uniformemente, nos territórios de todos os Países em que é possível a realização dessas experiências, em face da possibilidade de seus resultados afetarem toda a humanidade, fez surgir algumas convenções sobre o tema, das quais são indicadas as principais a seguir.

8.1. Convenção para a proteção dos direitos humanos e a dignidade do ser humano com respeito às aplicações da Biologia e da Medicina

Foi aprovada pelo Conselho de Ministros do

Conselho da Europa em 19/11/96 e teve como base um documento subscrito em Strasburgo, em julho de 1994.

O espírito que a norteia é o de garantir a dignidade humana, os direitos e liberdades fundamentais da pessoa, devendo o interesse e o bem-estar do ser humano prevalecerem sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência.

Estabelece a imprescindibilidade do consentimento informado, para que o paciente possa ter todas as informações referentes aos riscos e consequências da experiência a que se submeterá e o

direito de autodeterminação informativa, ou seja, o direito de não saber ou não ser informado.

O direito ao patrimônio genético autêntico e inalterado é garantido quando proíbe a prática de qualquer intervenção que tenha por objetivo modificar o genoma humano na descendência, somente permitindo essa modificação por razões preventivas, diagnósticas ou terapêuticas.

Não admite a utilização de técnicas para eleger o sexo da criança por nascer, salvo em casos necessários para evitar uma enfermidade grave vinculada ao sexo.

Não alude expressamente ao tema do início da pessoa, razão pela qual, ao determinar a proteção adequada do embrião, pode refletir qual-

“ O direito ao patrimônio genético autêntico e inalterado é garantido quando proíbe a prática de qualquer intervenção que tenha por objetivo modificar o genoma humano na descendência, somente permitindo essa modificação por razões preventivas, diagnósticas ou terapêuticas. ”

quer das teorias antes mencionadas.

8.2. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

Documento aprovado em 11/11/97 pela Unesco. Afirma que, em sentido simbólico, o genoma humano é o patrimônio da humanidade, porquanto é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana.

Esclarece não serem determinantes os dados obtidos pela genética, porquanto reconhece que o entorno social de cada pessoa, como suas condições de vida, sua alimentação e sua educação são fatores que podem impedir ou favorecer o aparecimento das potencialidades definidas geneticamente.

Recomenda, assim, o consentimento informado, a garantia da individualidade, a impossibilidade de discriminação com fundamento nos dados obtidos, a confidencialidade dos dados, e consagra o direito a uma reparação equitativa, ante o dano sofrido por causa direta e determinante de uma intervenção no genoma humano.

Considera, ainda, contrária à dignidade humana a clonagem com fins de reprodução de seres humanos e a intervenção na linha germinal.

9. Conclusão

Os direitos não nascem todos ao mesmo tempo, senão quando se tornam necessários.

Podemos agrupá-los em quatro espécies, consoante o paradigma a que vinculados: 1ª, 2ª, 3ª e 4ª geração, correspondentes aos paradigmas do Estado Liberal, Estado Democrático, Estado Social

e pós-modernidade, respectivamente.

Os avanços tecnológicos, surgidos na pós-modernidade, em que a verdade ínsita a cada indivíduo é considerada moral, necessitam fortemente de limitações como forma de retomar o conteúdo social dos direitos.

Surgem daí duas novas figuras: direito à intimidade genética e à autodeterminação informativa.

O desenvolvimento inolvidável das ciências biomédicas tem na origem o crescimento do poder de adquirir conhecimentos sobre nós mesmos.

São colocadas, então, não somente aos cientistas, mas especialmente aos juristas, questões novas, graves e difíceis.

Até onde se pode ir no domínio do homem pelo homem? Pode-se fazer – deve-se fazer – tudo que é tecnicamente possível em matéria de procriação artificial, de intervenção sobre o genoma humano, de utilização do corpo humano?³²

Para responder a questões que tais, surge a Bioética – a ética da vida – que procura dar contornos desse agir do homem e frear a visão da moral pelo poder da vontade individual, cerne do paradigma da pós-modernidade.

Da Bioética surge o Biodireito com o objetivo de definir as regras que possam solver os conflitos. Essa passagem não se mostra, entretanto, fácil, e, por vezes, no afã de preencher o vazio normativo, o legislador termina por criar mais problemas que soluções.

O Código Civil Brasileiro, em elaboração, manteve o conteúdo do art. 4º do atual para de-

terminar que o início da pessoa se dá com o nascimento com vida, assegurados desde a concepção os direitos do nascituro.

A positivação dessa regra fortalece, entre nós, o entendimento de que a pessoa deva ser protegida desde o momento da implantação do embrião no útero materno, a partir de quando se pode afirmar a existência legal do nascituro.

“ Os avanços tecnológicos, surgidos na pós-modernidade, em que a verdade ínsita a cada indivíduo é considerada moral, necessitam fortemente de limitações como forma de retomar o conteúdo social dos direitos...”

Afastadas as correntes contrárias, que buscam estender a proteção da pessoa ao pré-embrião ou aos embriões congelados, cuja disciplina legal deve ser diversa e atinente à potencialidade de ser pessoa.

É nulo perante o Direito brasileiro o contrato de mãe substituta, “barriga de aluguel” ou “locação de útero”, mesmo na forma gratuita, porque a vida é indisponível e não pode o homem ser objeto de Direito.

Essa nulidade decorre também da indisponibilidade dos direitos de maternidade, que somente podem ser afastados como sanção nos casos postos no ordenamento positivo como forma de assegurar o bem estar da criança (art. 92, II do Código Penal Brasileiro e art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O marido ou companheiro que consentiu na inseminação artificial heteróloga não pode, após

³² Andorno, _____, op.cit., p. 3.

a realização do procedimento, revogar esse consentimento para qualquer fim, especialmente o de atribuir a paternidade ao doador do sêmen. Embora não exista regra proibitiva específica entre nós, a irrevogabilidade pode ser extraída, por analogia *legis*, do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 1º da Lei 8.560, de 29/12/92, que registram ser irrevogável a adoção e o reconhecimento de filho havido fora do casamento, respectivamente. Esta última vedação foi repetida no Código Civil vindouro – art. 1.609.

A verdade formal passa a ser utilizada não porque impossível identificar o pai biológico, mas como forma de preservar as relações familiares e o equilíbrio emocional do concebido que não fez parte daquele “pacto de nascer”.

A inseminação artificial seja homóloga ou heteróloga, depende do consentimento expresso dos cônjuges ou companheiros que devem estar vivos quando da realização do procedimento para manifestarem sua vontade, cientes da responsabilidade de criação e educação do filho.

Assim, constitui uma excrescência, a permissão legal de utilização de embriões excedentários a qualquer tempo, sem ressalvar devam estar vivos os pais, inserida no apagar das luzes no próximo estatuto civil.

Melhor teria sido se o novo Código Civil houvesse proibido a inseminação artificial, ainda que homóloga, realizada após a morte do marido ou companheiro.

Não o tendo feito, e em face das normas nele constantes atinentes à sucessão que determinam

que os direitos sucessórios transmitem-se aos herdeiros nascidos ou concebidos, não poderá o filho resultante de fertilização realizada após a morte do pai pleitear tais benefícios.

Esse entendimento não fere a norma constitucional de isonomia entre os filhos, inserida no art. 226, § 6º da CF, atinente à realidade fática diversa da época de sua edição, quando ainda incipiente o procedimento de criopreservação de embriões e porque idealizada sob outro fundamento, o de proibir discriminações em relação aos filhos havidos fora da constância do casamento.

Outrossim, possível argumentar-se a inconstitucionalidade formal do art. 1.597, IV do novo Código Civil, porquanto aprovado em desacordo com as regras constitucionais atinentes à espécie – art. 65.

Ao examinar essa possibilidade, antes da inclusão dessa regra no estatuto civil, ora em fase de redação final, parte da doutrina já apresentava essa mesma solução ao estabelecer que:

A criança será filha de quem? Embora seja filha genética do marido de sua mãe, será juridicamente, extramatrimonial, não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial do doador, por ter nascido 300 dias após o óbito do marido e, além disso, será preciso não olvidar que o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir.³³

Em caso de inseminação heteróloga, pai é sempre o marido ou companheiro da mãe que gerou o óvulo fecundado pelo sêmen, sendo esse consentimento irrevogável.

³³ Diniz, _____, op.cit., p. 456.

A identificação do doador somente deve ser feita à equipe médica responsável por terapêutica em que tenha influência a descendência genética do concebido, mantida, em qualquer hipótese, a identidade civil do doador, ao qual não pode ser imputada a paternidade.

É inadmissível entre nós o contrato de “locação” de útero, ainda que na forma gratuita, posto ter por objeto a vida humana e a cessão de direitos de maternidade considerados indisponíveis.

Enfim, nem tudo que é possível deve ser permitido, pois o progresso no domínio das biociências não pode ser albergado contra a dignidade da pessoa humana.

O entusiasmo revelado com as novas técnicas de reprodução humana não pode fazer olvidar as suas consequências possíveis sobre o respeito à vida, o reconhecimento do ser humano e seu destino único e sua significação e lugar na sociedade.

Bibliografia

1. Almeida, Silmara J. ^a Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
2. Andorno, Roberto. *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
3. Barboza, Heloisa Helena; Barreto, Vicente de Paulo (Organizadores). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
4. Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
5. Diaféria, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999.
6. Dias, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
7. Diniz, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
8. Estella Gutierrez, Graciela N. Messina. *Bioderecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
9. Fachin, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
10. Ferraz, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
11. Garrafa, Volnei; Costa, Sérgio Ibiapina F. *A bioética no século XXI*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
12. Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
13. Kuhn, Thomas. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.
14. Leite Santos, Maria Celeste Cordeiro (Coordenador). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Editora Revista dos Tribunais, 2001.
15. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
16. Loureiro, João; Machado, Jónatas; Urbano, Maria Benedita. *Direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
17. Marques, Daniela; Neto, Jayme Baleeiro; LEAL, Ana Paula de Almeida Lima; Carreiro, Luciano Dórea Martinez (Colaboradores). *Direito Penal e outros estudos de Direito Econômico*. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2000.

18. Martinez, Jaime Vidal. *Las nuevas formas de reproducción humana*. Valencia: Cuadernos Civitas, 1988.
19. Martins, Antônio Carvalho. *Bioética e diagnóstico pré-natal: aspectos jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
20. Meirelles, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
21. Meirelles, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade "mãe de aluguel"*. Curitiba: Gênese, 1998.
22. Oliveira, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
23. Oliveira, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma, duas, contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
24. Penteado, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos, bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio, 1999.
25. Rafful, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.
26. Santos, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.
27. Ssemiao, Sérgio Abdalla. *Os direitos dos nascituros: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
28. Vieira, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.
29. Warnock, Mary. *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. Oxford: Basil Blackwell, 1985.



Pesquisa de Jurisprudência



Consulte na Internet: www.trf1.gov.br